
Karl Olivecrona ou le souci de l'impératif du droit

Patricia Mindus



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/168>

DOI : 10.4000/revdh.168

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2012

Référence électronique

Patricia Mindus, « Karl Olivecrona ou le souci de l'impératif du droit », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 1 | 2012, mis en ligne le 30 juin 2012, consulté le 09 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/168> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.168>

Tous droits réservés

Karl Olivecrona ou le souci de l'impératif du droit

par Patricia Mindus, professeure à l'Université d'Uppsala (Suède)

Le « modèle suédois », sa forme toute particulière d'État providence reflétée dans son système de droit positif, a fait l'objet, au cours du siècle dernier et jusqu'à nos jours, d'un débat intense ; ce modèle a été bien souvent un point de repère fondamental et une source d'inspiration pour la gauche française et internationale. On raisonne pourtant peu, voire très peu, sur les mécanismes institutionnels, normatifs et le cadre intellectuel qui a permis à ce modèle de se développer ainsi que sur les motifs que masque son apologie. Cela implique que toute référence obligée, mais peu réfléchie, à ce modèle risque de comporter plus de problèmes que de solutions lorsqu'on le transpose dans le cadre post-national de la mondialisation. Bref, on risque de vouloir appliquer un modèle que l'on ne comprend pas.

Il faut donc aller au-delà du modèle, et voir plus exactement de quels modes de saisie nous disposons pour comprendre les implications réciproques entre, d'un côté, le niveau institutionnel d'analyse sociologique et de science politique d'un des grands « modèles » de gouvernance politique, de démocratie consociative et de gestion des conflits sociaux ; et de l'autre, le niveau juridique de cet ensemble de lois et de normes mises en place sur la base d'une conception très particulière du droit, que l'on associe bien volontiers à cette école de la théorie du droit appelé le réalisme juridique scandinave ; dont les représentants les plus connus sont sûrement Karl Olivecrona (1897-1980) et Vilhelm Lundstedt (1882-1955) et, d'une façon plus périphérique le Danois Alf Ross (1899-1979) qui avait également d'autres références théoriques comme le normativisme kelsénien et l'empirisme logique. Tous s'inspirent, d'une façon où d'une autre du philosophe et méta-éthicien Axel Hägerström (1868-1939), le « père spirituel du réalisme scandinave ». De bon droit, on dit souvent que « aucune autre théorie suédoise du XX^e siècle n'a connu plus de ferveur à l'étranger que la philosophie du droit développée par Hägerström, Lundstedt, Olivecrona et Ross »¹.

Une occasion pour retourner sur ce « moment »² philosophique et ces implications sur le droit nous est offert du fait de la récente traduction en français de Patricia Jonason du fameux texte de Karl Olivecrona *De la loi et de l'État* (1940) parue chez la maison d'édition Dalloz collection Rivages du droit (2011): ce travail de traduction s'insère par ailleurs très bien dans cette tradition d'études et d'intérêt pour le modèle suédois tout d'abord et pour le réalisme deuxièmement. La Suède offre donc en exemple son État providence dont les origines sont donc peu connues et les sources inspiratrices sur le plan philosophique le sont encore moins. En effet, ce que l'on appelle l'école d'Uppsala, fondée par un des maîtres à penser d'Olivecrona, Axel Hägerström, apparaît régulièrement dans les annales d'histoire vouées à l'explication du phénomène social qui porte le nom de « modèle suédois ou

¹ S. Nordin, *Från Hägerström till Hedenius. Den moderna svenska filosofin*, Doxa, Lund 1984, p. 118.

² Ce terme est bien celui de J. G. A. Pocock (*The Machivellian Moment – Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton 1975) qui désigne une situation politique spécifique où il est possible de s'appropriier, coloniser ou récuser l'association avec une école de pensée; depuis, le concept est repris notamment par Pierre Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Gallimard, Paris 1985 e plus récemment par Kari Palonen, *Das 'Webersche Moment' – zur Kontingenz des Politischen*, Westdeutsche Verlag Opladen/Weisbaden 1998.

scandinave ». Nous tâcherons de comprendre pourquoi et surtout quelles thèses philosophiques ont permis cette appropriation, car les problèmes qu'elle pose ne sont pas indifférents.

La traduction à laquelle je me réfère ici et qui ouvrira ces thèmes davantage aux lecteurs francophones est sans doute un travail très soucieux du style. La traductrice de l'Université de Södertörn évite toute tournure de phrase qui en français, aurait un effet lourd ou souffrirait de répétitivité. Ce faisant la traductrice fait preuve d'un esprit de synthèse fort peu commun qui plaira, sans doute, aux lecteurs, mais qui rend parfois les moments argumentatifs plus condensés et donc moins faciles à suivre. Ce qui est gagné en style et synthèse a ainsi parfois perdu en pédagogie et explication.

Mais surtout cette traduction repose sur la prémisse suivante : le réalisme scandinave a enseigné aux juristes suédois comment appliquer le modèle suédois ; modèle pourtant non-libérale au sens où il est peu respectueux des droits fondamentaux de l'individu. « Des générations entières de magistrats, d'avocats, et d'administrateurs ont été formées par des professeurs d'obédience réaliste. De fait, cette école de pensée n'a pas limité son influence à la science juridique et à la philosophie du droit, mais a eu aussi un impact sur la pratique du droit »³ – une prémisse que je remettrai ici en cause ; pour ensuite reformuler ce lien entre réalisme et conception des droits fondamentaux dans des termes plus précis de façon à pouvoir apprécier l'originalité de l'approche réaliste et en particulier de celle d'Olivecrona.

1. Qui était Karl Olivecrona ?

On pourrait dire que Karl Olivecrona (1897-1980) devient Olivecrona lorsqu'il a commencé à faire partie du groupe des disciples de Hägerström. C'était dans les années vingt.

En fait, il avait entrepris des études de droit, suivant ainsi la volonté paternelle : personnellement il aurait préféré faire de l'histoire : il finit par faire excellemment les deux choses. Olivecrona devint plus tard, en 1934, professeur de droit procédural à Lund.

C'est ainsi qu'il fit la connaissance de Vilhelm Lundstedt, professeur de droit civil et de droit romain à l'Université d'Uppsala. Grand ami de Hägerström et véritable disciple de la doctrine philosophique de ce dernier (même si, pour la précision, il y a une différence fondamentale entre les deux : Hägerström étant un non-cognitivist convaincu alors que Lundstedt tendait plutôt vers une version un peu édulcorée de l'utilitarisme), Lundstedt dirigea la thèse d'Olivecrona selon une forme informelle de cotutelle avec Hägerström, comme l'indique Olivecrona dans une lettre du mois de février 1979.

Alors que Lundstedt était un homme vif, extraverti et plutôt curieux, mais également irritable et fiévreux (homme politique passionné, il n'obéit aucunement au précepte wébérien de ne point prêcher de la chaire) ; Olivecrona, bien au contraire, est l'incarnation même de la *Wertfreiheit* : académicien conventionnel, un peu rigide, très précis, sa forme d'écriture est bien décrite, par la traductrice : « le style de Karl Olivecrona est très éloigné du style académique français en raison de son appartenance à une culture peu affectée par la présence de Descartes auprès de la reine Christine (...). L'ouvrage

³ P. Blanc-Gonnet Jonason, *Présentation*, in Karl Olivecrona, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, Dalloz/Rivages du droit, Paris 2011, p. 34.

paraît, à l'aune des critères académiques français, peu structuré, peu économe de répétitions et peu soucieux de transitions »⁴.

Olivecrona, avec Vilhelm Lundstedt et Martin Fries, fut donc parmi les personnes les plus proches de Hägerström. Il faut admettre que Hägerström eut ainsi parmi les juristes des disciples fort brillants, bien plus que dans sa propre discipline par ailleurs. Cela est moins surprenant en considérant que Hägerström s'était occupé en maintes occasions de la philosophie du droit et avait consacré plusieurs grands travaux à cette branche si souvent oubliée de la philosophie pratique.

C'est surtout trois doctrines chez Hägerström qui ont été reprises par les juristes scandinaves : (a) l'analyse de la conscience du droit, à savoir de cette faculté par laquelle chacun et tous accepte comme légitimes toute une série de prémisses nécessaires pour que le droit apparaisse aux personnes qui y sont sujettes comme une application de la justice ; (b) la critique du positivisme juridique et en particulier de l'explication volontariste du droit (très en vogue à l'époque selon laquelle le droit peut être réduit à expression de la volonté de la souveraineté) et (c) les études de Hägerström sur la véritable nature du droit. En l'occurrence, le droit y est vu comme un mécanisme très complexe – une véritable pièce de haute horlogerie – constitué de faits sociaux, culturellement déterminés qui reposent en particulier sur la croyance commune ou le sentiment intériorisé de la validité des normes ; un effet obtenu largement par le biais de l'éducation.

Ces trois thématiques sont reprises, développées et approfondies par Olivecrona dans un de ses œuvres majeures : *Law as Fact*, paru en anglais en 1939. En réalité, je doit avertir tout de suite que ce très célèbre titre – qui devient en quelque sorte le slogan même du réalisme scandinave – est également le titre de son livre paru en 1971, mais cette seconde édition est en fait un livre bel et bien différent du premier ; la seconde version est le fruit d'un développement successif de sa pensée qui a su profiter de la leçon de la philosophie du langage telle qu'elle a été développée en Angleterre depuis la fin de la seconde guerre mondiale. D'ailleurs, les premiers effets de ce tournant vers la philosophie analytique anglo-saxonne se détectent déjà dans son livre de 1966 *Rättsordningen. Idéer och fakta*, qui est traduit en italien avec le titre *La structure de l'ordonnance juridique*⁵, titre bien plus approprié selon Olivecrona lui-même. Mais retournons tout d'abord à l'avant-guerre.

Avant-guerre Olivecrona n'avait presque rien publié mais son nom circulait déjà : la raison en était *Law as Fact* et la version suédoise de ce texte, *Om Lagen och Staten*, 1940 – dont vous lisez aujourd'hui la version française.

Dans ce texte, *De la loi et de l'État*, il développe la théorie réaliste de ces maîtres et surtout leur monisme ontologique qui nie l'existence des valeurs et toutes autres entités « métaphysiques ».

En effet, ce sont surtout quelques principes, unifiés pour une fin méthodologique, qu'on rencontre chez ces auteurs scandinaves, comme le refus de toute « métaphysique » considérée comme une superstition pure et dure.

Hägerström avait annoncé dès 1911 que « *tandis que la science ne peut indiquer que ce qui est vrai, on ne peut pas considérer comme sensée une représentation qui comporte un devoir-être comme étant vraie. Ainsi aucune science ne peut avoir pour objet de nous montrer comment nous devons agir. De même qu'on ne saurait accepter que la science de la religion repose sur la conscience religieuse,*

⁴ P. Blanc-Gonnet Jonason, *Présentation*, cit., p. 12.

⁵ K. Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, sous la direction Enrico Pattaro, Etas Kompass, Milano 1972.

la science morale ne peut pas se fonder sur une conscience morale. Dans les deux cas, il est question d'une modalité subjective de la pensée, suscitée par une émotion ou un intérêt, qui en tant que telle peut être l'objet d'une science mais qui ne peut pas du tout la fonder »⁶.

On fait souvent remonter cette vision réaliste de la norme à la rébellion contre l'idéalisme qui a eu lieu au début du siècle dernier et qui prenait la tournure du refus de la métaphysique, entendue comme une combinaison insensée de mots dont le statut épistémologique est nul. Dès lors Hägerström est présenté comme « le fossoyeur de la métaphysique ». Sa devise – *Praeterea censeo metaphysicam esse delendam* – était bien une version retouchée de celle de Caton le vieux : « *je considère encore qu'il faut détruire la métaphysique* », tout comme le sénateur romain voulait démolir Carthage. Seul le réel identifiable dans le temps et dans l'espace est connaissable et ainsi il n'y a aucune sphère supérieure, aucun outre-monde (*hyper-ourania*), aucun « monde des valeurs ou des normes » au-delà du monde de l'expérience. Toute explication qui se veut scientifique doit par conséquent se borner au monde de l'expérience, donné dans le temps et dans l'espace.

Olivecrona tire les conclusions de ce monisme ontologique que Hägerström avait ébauché: les droits subjectifs sont déclarés illusoires, privés de correspondance dans le monde spatio-temporel, et encore contradictoires, d'origine magique etc.

Voilà le motif pour lequel la traductrice, dans la préface, avertit que le modèle suédois se combine avec une interprétation tout à fait anti-libérale, inconstitutionnelle, irrespectueuse des droits subjectifs, en entendant par là une interprétation qui nie leur existence même.

« C'est au réalisme scandinave que quelques auteurs ont eu tendance à attribuer la place réduite des droits fondamentaux dans la pensée juridique et dans le système normatif suédois »⁷. Ces auteurs sont pour la plupart des juristes, des professionnels du droit constitutionnel. « L'œuvre d'Olivecrona, poursuit la traductrice, nous a paru intéressante à deux titres : en raison d'une part de l'imbrication – certains parlent même d'une fructification réciproque – du courant de pensée réaliste et du modèle suédois de la social-démocratie, lequel a suscité un intérêt certain hors des frontières de la Scandinavie ; en raison d'autre part de ce que le mouvement de renforcement de l'État de droit amorcé dans les années 1980 et qui se poursuit de nos jours, est fréquemment analysé en Suède comme un processus rendu nécessaire par la place trop réduite accordée aux droits fondamentaux, et cela précisément du fait de l'impact négatif qu'aurait eu la théorie réaliste sur le système juridique »⁸.

Ce monisme ontologique, donc, serait, dans cette reconstruction, responsable du fameux « modèle suédois », si peu respectueux des droits de l'homme.

Nous reviendrons sur ce point, mais il convient pour le moment de signaler que la critique de la conception conventionnelle des droits subjectifs ne constitue pas encore l'originalité d'Olivecrona ; sa part d'originalité provient plutôt de sa *pars contruens*, c'est-à-dire de ses thèses constructives portant sur la nature *des* droits et *du* droit, l'ordre juridique étant ici constitué par des impératifs indépendants. Cette idée étant intimement liée, en 1940, à la conception de la force, il convient partir de cette dernière.

⁶ A. Hägerström, *Socialfilosofiska uppsatser*, Bonnier 1939, p. 51.

⁷ P. Blanc-Gonnet Jonason, *Présentation*, cit., p. 25.

⁸ P. Blanc-Gonnet Jonason, *Présentation*, cit., p. 21.

2. La fascination pour la force : un trait qui le distingue de son maître

L'historien contemporain suédois, Svante Nordin, précise bien que l'on retrouve chez Olivecrona « *une atmosphère de réalisme amer qui rappelle Hobbes ou Machiavel* »⁹. Effectivement, il y a chez Olivecrona cette fascination pour la force, l'encadrement de la violence que l'on ne retrouve aucunement chez ces maîtres : « *le lecteur s'est sans doute déjà fait la réflexion que si la loi n'est pas intrinsèquement obligatoire, si son impact n'est dû qu'au seul effet psychologique des impératifs indépendants sur l'individu, s'il n'existe ni droits ni obligations, alors ce que nous nommons ordre juridique est en réalité une force organisée. C'est effectivement la conclusion à laquelle on parvient lorsque l'on s'en tient aux faits* »¹⁰.

Alors que pour Hägerström, « *the idea of a command or a declaration of intention appears as a mere juridical fiction* »¹¹ – il n'y a point de volonté derrière le droit, donc la théorie impérative du droit telle qu'elle apparaît par exemple chez Bentham et Austin est simplement fautive – ; Olivecrona maintient une relation plus complexe avec la tradition impérativiste. Olivecrona limite, pour ainsi dire, la portée de la critique de Hägerström en soutenant que Austin avait correctement compris qu'il y avait une dimension impérative dans le droit, mais que ces impératifs ne peuvent pas être compris comme s'il s'agissait de la volonté du souverain. Pour Olivecrona, il s'agit d'*impératifs indépendants* et de cette façon la critique du positivisme est affaiblie : « *The reproach that legal positivism made the state a god could only be directed against idealistic positivism. Naturalistic positivism implies no deification of the state, since it ascribes binding force to the commands of the sovereign in the sense only that the commands are accompanied by threats* »¹².

Cependant, cette théorie des impératifs indépendants sera surtout développée au cours du cinquième chapitre de la seconde édition de *Law as Fact* et pour cette raison je la laisserai ici en arrière-plan.

L'originalité d'Olivecrona dans *Om Lagen och Staten* en 1940 est ailleurs: il insiste sur le fait que dans toute société civilisée, il y a une application incessante de violence perpétrée par les représentants de l'État. Ainsi l'ordre juridique repose-t-il en dernière instance sur la violence légitime organisée et – en déduit-on – il n'y a pas lieu de parler d'une opposition entre droit et force. Ce que nous appelons justice et droit ce sont essentiellement des « *règles qui prescrivent des comportements concernant l'exercice de la violence* »¹³. Bien sûr, il n'est pas le seul à définir, on le sait bien, l'État en terme de « *monopole de la violence physique légitime* », telle la *Gewaltmonopol des Staates* chez Weber. Hägerström et Lundstedt, bien avant Olivecrona, avaient insisté sur la nécessité de la gestion de la (menace de la) force dans l'exercice du pouvoir. Cependant, Hägerström et Lundstedt avaient également souligné la diminution progressive de cette violence, notamment qu'il fallait passer d'une théorie de la punition, surtout en droit pénal, entendue comme *poena medicinalis* (juste souffrance infligée au criminel) à une vision qui se concentre plus sur la responsabilité objective et sur la socialisation du risque. Tout cela, dans une perspective d'adoucissement des mœurs et, pour utiliser un vocabulaire moins rousseauiste, une lecture progressiste de l'histoire, d'ailleurs proche des lectures positivistes à la Auguste Comte (Hägerström en particulier, était un grand admirateur de la philosophie de l'histoire en trois états : théologique, métaphysique et positif).

⁹ S. Nordin, *Från Hägerström till Hedenius*, 1984, p. 123.

¹⁰ K. Olivecrona, *De la loi et de l'état*, cit., p. 127.

¹¹ A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1953, p. 34.

¹² K. Olivecrona, *Law as Fact II*, Steven & Sons, London 1971, p. 47.

¹³ K. Olivecrona, *Om lagen och staten*, Ejnar Munksgaard, Lund 1940, p. 127.

Olivecrona, de son côté, ne croit pas à une tendance à l'affaiblissement de la violence et il n'y voit rien de déplorable. Dans ces écrits d'avant-guerre, la fascination pour la force reste l'emblème de sa pensée juridique :

« Cette force organisée constitue la colonne vertébrale de notre ordre social. Elle est indispensable à toute société, toute société moderne tout au moins. La sécurité physique des citoyens dépend de ce qu'il existe un pouvoir incomparablement plus fort que celui d'individus isolés ou en groupe, et de ce que ce pouvoir est capable d'endiguer les mouvements subversifs qui traversent la société. La répartition de la propriété ne pourrait pas non plus être maintenue sans le soutien de la force. Il n'est pas besoin d'avoir une grande expérience de la lutte opiniâtre engagée pour la subsistance et la richesse pour comprendre la nécessité de la force organisée afin que soit maintenue la frontière entre 'ce qui m'appartient' et 'ce qui t'appartient'. Sans la protection que lui apporte la force organisée, la stabilité de l'ordre économique serait inévitablement menacée »¹⁴.

Ces derniers passages rappellent quelque part la théorie marxienne de l'État ; théorie par ailleurs discutée par Olivecrona. Les marxistes ont bien raison, conclut-il, lorsqu'ils voient l'ordre juridique dans le système capitaliste comme un système de violence organisée, où la superstructure juridique des droits subjectifs n'occulte jamais la véritable nature de la loi. Leur erreur consiste plutôt à croire que cette violence puisse être éliminée par l'introduction d'un autre système de production : la force est belle et bien une nécessité sociale et croire à la disparition de l'État est aussi naïf que croire à une chimère.

L'effet du « réalisme amer » comme le décrit Nordin, dérive, à mon avis, du fait que Olivecrona considère la peur de la sanction comme l'élément décisif dans l'explication des conceptions morales¹⁵. Les citoyens dans la République olivecronoise sont tous apeurés et soucieux de leur propre paix intérieure qui n'est réalisable que « si la conscience est libérée de toute pensée associée à la peur de la sanction »¹⁶. Cette vocation intérieure à l'obéissance qui distingue les citoyens olivecronois laisse, en effet, l'État libre d'exercer son pouvoir dans une direction plutôt qu'une autre. D'où la préoccupation de l'arbitraire du pouvoir et la question, cette fois-ci, politique qui s'en suit.

C'est ainsi que les interprètes inquiets devant ce citoyen conformiste ont vu des rapprochements possibles entre la théorie du droit d'Olivecrona et les théories politiques développées tout d'abord par le fascisme italien et ensuite par le nazisme allemand : la référence au *made in Italy* va ici aux théoriciens comme Vilfredo Pareto, Gaetano Mosca et l'école neo-machiavellienne, mais il faut encore penser à la théorie du décisionisme chez Carl Schmitt. Ce qui distingue Olivecrona par rapport à ses maîtres, Lundstedt et Hägerström (politiquement situés à gauche) est bien cette fascination pour la force, qui lui vint, paraît-il de sa femme (à laquelle le volume de 1940 est dédié), très proche du national-socialisme allemand et en tous cas antisémite. Quoi qu'on en pense, il reste, que Olivecrona publia la même année, en 1940, – en intervenant pour la première et unique fois directement dans le débat public – un texte dont le titre même est un véritable choix politique : *Angleterre ou Allemagne (England eller Tyskland)* où il défendait cette dernière puissance, parce qu'elle lui semblait avoir « plus de force » et que donc sa victoire aurait porté à la paix de manière plus rapide. Il n'est point besoin de douter du fait que l'auteur était authentiquement intéressé par la paix pour se rendre compte de l'idiotie du moyen proposé.

¹⁴ K. Olivecrona, *De la loi et de l'état*, cit., p. 135.

¹⁵ Cf. Karl Olivecrona, *Om lagen och staten*, cit., pp. 140 ss.

¹⁶ Ibid., p. 144.

Il ne retournera jamais sur cette page de sa vie intellectuelle mais il reste qu'elle lui a valu une très mauvaise réputation lorsque la guerre se termina. Une image qui calque cette mauvaise réputation est offerte par la satire du romancier de gauche Vilhelm Moberg (1898-1973) qui, dans son roman *L'ancien royaume*, présente une habile mise en scène du « réalisme d'Uppsala ». Dans ce texte, le jeune protagoniste Per Urban Secretessius rejoint le pays utopique d'*Idyllia* pour y étudier le système juridique où règnent la censure et le secret. Le voici qui suit les cours à l'université du très fameux professeur Adam Haggard, véritable incarnation des doctrines supposées de l'école d'Uppsala. Haggard lui démontre l'inexistence des droits subjectifs, fondés sur une « conception métaphysique » et en déduit la priorité du tout (l'État) sur ses parties (les individus). Tout cela est accompagné par un ton lugubre et paternaliste : « *l'homme n'a de droit qu'en tant que membre du corps social* ». Cette féroce critique de la Suède-Idyllia des années cinquante qui, selon Moberg, serait dépourvue de tout sens critique, et aurait adopté le crédo d'Uppsala le cœur léger, offre ainsi un portrait extraordinaire de cette identification entre le réalisme et la tradition constitutionnaliste manquée de la Suède.

Toutefois, si nous voulons mieux comprendre, cette théorie du droit qui ne pourrait, sans préjugés, être réduite à cette version satirique – pas plus que Leibniz ne peut être compris en le réduisant au Pangloss voltairien – il demeure que le point principal qui reste à souligner est la théorie des droits subjectifs ; car, sur ce point, Olivecrona, avec sa théorie des impératifs indépendants, s'est montré novateur.

3. La théorie des droits subjectifs

C'est peut-être surtout dans les écrits d'après-guerre qu'il faut chercher à comprendre dans quel sens, l'attention pour la fonction pratique du langage (la fonction performative, aurait dit J.-L. Austin) et donc aussi pour la langue du droit, a permis à Olivecrona de raffiner les thèses réalistes et en particulier par rapport au thème des droits subjectifs.

Le point de départ d'Olivecrona est ici que, même à vouloir nier que les concepts juridiques de base dénotent des réalités, leur fonctionnalité reste à expliquer. Un problème de la théorie réaliste du droit telle qu'elle apparaissait chez Hägerström et Lundstedt était qu'elle n'explique guère que faire une fois que l'on découvre l'inexistence des droits subjectifs. Personne (même pas un réaliste juridique scandinave) ne peut affronter le langage juridique sans recourir à ces notions : on ne peut parler du droit sans prononcer ces mots de droits, de devoirs etc. Et c'est ici que la contribution originale d'Olivecrona est la plus importante : il a bien lu et compris les philosophes du langage commun, tels que J.L. Austin, et les philosophes anglo-saxons d'inspiration cambridgienne, tels que H.L.A. Hart ; ce que fait, dès lors, Olivecrona est d'appliquer ces théories philosophiques à propos des multiples fonctions du langage sur la langue du droit.

Si le langage n'a pas exclusivement la fonction descriptive (les mots dénotant des choses dans le monde), il n'y a pas de motif pour croire que la langue du droit soit différente ; ainsi, le droit s'exprimera avec des fonctions constitutives, expressives, performatives etc. Par la langue du droit, en effet, nous *faisons* toute une série de choses : nous ne décrivons pas seulement, mais plutôt nous usons la langue du droit comme moyen de communication sociale ; les droits et les devoirs étant des éléments constitutifs de ces jeux de langage.

C'est ainsi qu'il amorce une théorie très importante et qu'il développera surtout dans ses réflexions sur l'unité monétaire, résumées dans *Law as Fact II*¹⁷.

Mais pour comprendre cette théorie il est nécessaire de savoir que Olivecrona suivait ici la théorie de Hägerström qui était non-cognitivistique pour les évaluations primaires (c'est-à-dire les évaluations normatives de la part de cet agent qui entreprend une action : ces évaluations ne sont ni vraies, ni fausses puisqu'elles comportent nécessairement une composante émotive qui ne saurait être vraie ou fausse) et *error-theorist* concernant les évaluations secondaires (c'est-à-dire les évaluations normatives détachées de la situation concrètes où l'agent est en train d'agir : ces évaluations sont toujours fausses). C'est un point très délicat.

Remarquons que « *an abstract object (...) or a general object, like a type of action, for example, the object of norms, can never be an object of a primary valuation, according to Hägerström. All such valuations are secondary. (...) Still, a secondary valuation of this kind can contribute to the occurrence of a primary valuation (...). When a concrete action can be subsumed under a norm, my awareness of the norm (i.e. a kind of secondary valuation) may, under certain circumstances, evoke a primary valuation, for example, that it is my duty to do a concrete action or that I ought to refrain from doing it* »¹⁸. Il arrive que par le biais de l'éducation et d'autres formes de socialisation, une évaluation secondaire puisse provoquer chez l'agent une évaluation primaire, mais ce qui compte est que les idées juridiques (les normes), telles que les droits subjectifs, sont toujours fausses.

Et pourtant, nous dit Olivecrona, nous opérons incessamment avec ces notions et même de façon tout à fait logique (c'est-à-dire que nous utilisons des évaluations secondaires comme prémisses ou conclusions, et que nous en déduisons et induisons toute une série de conséquences etc.). Cependant, aucun « *fait* » du droit ne correspond à un état de fait au sens naturaliste (une certaine situation spatio-temporelle). Bref, le fait du droit ne correspond pas à ce qui *est* vraiment le cas.

La seule chose qui « existe » au sens propre pour le juriste ce sont les faits (naturels) ; dans ces faits naturels le juriste choisit certains aspects comme étant pertinents pour construire la situation juridique concrète (*factispecie concreta*) à partir de la *factispecie* abstraite. Par exemple, des données préjuridiques et naturelles qui sont « à la base » d'une institution sont mobilisées et des conséquences juridiques en dérivent. Plus concrètement, une donnée préjuridique est, par exemple, la naissance d'un enfant dans un certain lieu et à une certaine heure ; l'institution dont des conséquences juridiques particulières dérivent de cet « événement naturel » est la citoyenneté.

Kelsen, qui à la différence des réalistes, est dualiste et distingue donc le *Sein* du *Sollen*, exprime ce point en distinguant, d'un côté, l'évènement dans le temps et dans l'espace (comme par exemple le fait que des personnes se réunissent dans une grande salle, tiennent des discours, certains s'assoient, d'autres restent debout etc.) et de l'autre, « *le sens qui est attaché à l'évènement* » (à l'occurrence, que les parlementaires votent une loi)¹⁹. Hägerström aurait répondu qu'aucun sens n'est « *attaché à l'évènement* ».

La conclusion de Hägerström est que les droits subjectifs (tout comme d'autres institutions juridiques) sont un contenu idéatif ou idéal et c'est ce contenu d'idée qui est l'élément de fausseté dans les notions juridiques. Ainsi c'est faux car on ne décrit rien avec les expressions « *droits* »,

¹⁷ K. Olivecrona, *Law as Fact II*, cit., pp. 297 ss.

¹⁸ B. Petersson, « Axel Hägerström and His Early Version of Error Theory », *Theoria*, 2011, vol. 77, issue 1, p. 63.

¹⁹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Vienna 1934, 2.

« devoirs ». Aucun juge ne peut constater que « l'obligation est honorée » ou « *la promesse maintenue* » car ce n'est pas là ce qu'ils *font*. Ils *font* autre chose. Voilà l'argument que reprend et développe Olivecrona.

Les droits subjectifs ne sont donc rien d'« empirique » : ils n'ont aucune référence sémantique ; ce n'est pas une « étiquette » ; aucun sens « n'est attaché à l'évènement » pour le dire avec Kelsen. Pour clarifier ce dont il s'agit, nous gagnerons à utiliser un exemple de Thomas Mautner : un droit subjectif est comme un « point » dans un jeu de société : on ne peut jamais le convertir en objet physique, mais il n'est pas pour autant sans valeur²⁰.

Cela n'implique pas que l'on ne puisse pas mener une investigation empirique sur les points dans les jeux de société. De même, on peut très bien étudier, en suivant la méthodologie empirique, les fonctions des droits subjectifs dans l'ordonnance juridique. La science du droit avait traditionnellement fait l'erreur de vouloir définir la nature de ces droits en termes de pouvoirs, de forces etc. mais ces définitions, à bien voir, ne nous disent pas ce que *sont* les droits subjectifs : elles nous aident plutôt à opérer logiquement à l'intérieur du système juridique. La fonction des droits subjectifs, dès lors, est de permettre au juriste d'évincer ou de déduire d'un certain évènement ou d'un fait naturel, qui sont considérés comme des « raisons » pour justifier l'attribution d'un droit, un certain nombre de conséquences qui suivent de statut ou de la condition juridique qui est attribuée à une personne.

Nous pouvons maintenant comprendre le caractère innovateur des investigations d'Olivecrona sur l'unité monétaire : rien ne correspond à un franc, un euro ou un dollar et pourtant cela ne nous empêche pourtant pas d'opérer de façon rationnelle avec ces unités. Les droits subjectifs figurent donc comme des concepts intermédiaires (*middle terms*) que nous utilisons pour connecter des situations factuelles avec des conséquences juridiques ; bref pour passer d'un terme à un autre. Il s'agit donc de ce que Lars Lindahl appelle « *a mere vehicle of inference* »²¹. Compresseur d'information, il s'agit d'un « *linguistic device for achieving economy of expression in the formulation of rules* »²².

Ou encore pour le dire avec une image plus parlante que l'on trouve chez Jhering, définir un droit est comme chercher attraper une anguille. Mais de même que les anguilles jouent un rôle dans les étangs, les droits subjectifs jouent un rôle important dans notre jeu de société.

Les droits subjectifs, conclut enfin Olivecrona, ne dénotent rien ; ils nous signifient pourtant quelque chose dans les opérations juridiques en constituant des ponts conceptuels dans un raisonnement logique. Ainsi, l'identification simpliste entre théorie réaliste et constitutionalisme manqué n'a finalement pas de raison d'être.

Pour citer cet article

Patricia Mindus , « Karl Olivecrona ou le souci de l'impératif du droit », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012, <http://wp.me/P1Xrup-6E>

²⁰ T. Mautner, "Some Myth about Realism", *Ratio Juris*, 2010, vol. 23, 1, p. 421.

²¹ L. Lindahl, "Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts", *Ratio Juris*, 2004, 17 (2), p. 189.

²² L. Lindahl, "Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts", *Ratio Juris*, 2004, 17 (2), p. 186.